

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 634 50 53
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 18 411

Bern, 17. September 2018

Besetzung

Oberrichter Studiger (Referent), Oberrichterin Pfister Hadorn und
Oberrichter Bähler J.
Gerichtsschreiberin Eichenberger

Verfahrensbeteiligte

A._____

Gesuchsteller

gegen

B._____

vertreten durch Fürsprecher C. _____

Gesuchsgegnerin

Gegenstand

vorsorgliche Massnahmen

Gesuch um Aufschieb der Vollstreckbarkeit des Entscheids des
Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 22. August 2018 (Verfah-
ren Nr. CIV 18 3033)



Regeste:

Aufschub Vollstreckbarkeit; Art. 325 Abs. 2 ZPO

Ein vor Rechtshängigkeit der Beschwerde gestelltes Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit ist zulässig. (E. 9)

Beim Entscheid über den Vollstreckungsaufschub hat eine summarische Prüfung der relevanten Fakten zu erfolgen, wobei zunächst eine Hauptsachenprognose zu treffen und danach eine Interessenabwägung vorzunehmen ist. (E. 14.2)

Bei Geldforderungen ist eine aufschiebende Wirkung nur ganz zurückhaltend zu gewähren. (E. 14.3)

Erwägungen:

I.

1. Mit Entscheid vom 22. August 2018 (pag. 71 ff.) erteilte das Regionalgericht Bern-Mittelland (nachfolgend Vorinstanz) der B._____ (nachfolgend Gesuchsgegnerin) in der Betreuung Nr._____ des Betreibungsamtes Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland, für den Betrag von CHF 11'456.00 nebst Zins zu 5% seit 13. April 2018 die provisorische Rechtsöffnung und wies das Gesuch soweit weitergehend ab. Die Gerichtskosten von CHF 450.00 wurden A._____ (nachfolgend Gesuchsteller) auferlegt und mit dem von der Gesuchsgegnerin geleisteten Vorschuss verrechnet. Der Gesuchsteller wurde verurteilt, der Gesuchsgegnerin für vorge-schossene Gerichtskosten CHF 350.00 zu ersetzen. Weiter wurde der Gesuchstel-ler verurteilt, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 1'200.00 zu bezahlen.
2. Der erwähnte Entscheid wurde den Parteien anlässlich der Gesuchsverhandlung vom 22. August 2018 ausgehändigt (pag. 75).
3. Mit Schreiben vom 22. August 2018 ersuchte der Gesuchsteller um eine schriftliche Urteilsbegründung (Gesuchsbeilage 4).
4. Die Vorinstanz teilte mit Schreiben vom 23. August 2018 (pag. 83) mit, dass der Gesuchsteller die schriftliche Begründung des vorerwähnten Entscheids verlangt habe. Diese werde zu gegebener Zeit zugestellt werden.
5. Mit Eingabe vom 22. August 2018 (pag. 85 ff.) stellte der Gesuchsteller die folgen-den Anträge:
 1. Es sei in Bezug auf das Urteil CIV 18 3033 vom 17. August 2018 (recte 22. August 2018) die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Eventualiter sein Bezug auf das Urteil CIV 18 3033 vom 17. August 2018 (recte: 22. August 2018) die aufschiebende Wirkung bis zur Eröffnung der Ent-scheidbegründung zu erteilen.
 2. Prozessuale Anträge:

Es werde die von der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern bestimmte Besetzung des Spruchkörpers wegen eines Verstosses gegen Art. 6 EMRK in seiner Ausprägung als Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiliches auf Gesetz beruhendes Gericht abgelehnt.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge -

6. Der zuständige Instruktionsrichter verfügte am 24. August 2018, dass auf den prozessualen Antrag gemäss Rechtsbegehren 2 in Anwendung von Art. 132 Abs. 3 ZPO und im Hinblick auf die ergangenen Entscheide des Obergerichts des Kantons Bern ZK 18 17, ZK 18 202, ZK 18 294 sowie das Urteil des Bundesgerichts 5D_56/2018 vom 18. Juli 2018 nicht näher eingegangen werde.
7. Innert erstreckter Frist nahm die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 5. September 2018 Stellung zum Gesuch.

II.

8. Die Vorinstanz eröffnete ihren Entscheid gemäss Art. 239 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) ohne schriftliche Begründung. Der Gesuchsteller stellte sein Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit noch vor dem Vorliegen der schriftlichen Entscheidungsbegründung. Die schriftliche Urteilsbegründung erfolgte erst am 10. September 2018.
9.
 - 9.1 Eine Beschwerde gegen den Entscheid ist nach Art. 321 Abs. 1 ZPO erst nach Zustellung der schriftlichen Begründung zulässig.
 - 9.2 Gemäss Art. 325 Abs. 1 ZPO hemmt die Beschwerde die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids nicht. Die Rechtsmittelinstanz kann die Vollstreckung aber aufschieben und nötigenfalls sichernde Massnahmen oder die Leistung einer Sicherheit anordnen (Art. 325 Abs. 2 ZPO).
 - 9.3 In der publizierten kantonalen Rechtsprechung wird die Auffassung vertreten, dass die Rechtsmittelinstanz ein Gesuch um Aufschub der Vollstreckung nicht beurteilen könne, bevor Beschwerde erhoben worden sei, weshalb die Vollstreckbarkeit erst eintreten könne, wenn entweder die zehntägige Begründungsfrist unbenützt abgelaufen sei oder aber die schriftliche Begründung vorliege (vgl. Obergericht des Kantons Zürich vom 11. Juni 2012, RT120039). Mit Verweis auf die Lehre (namentlich DANIEL STAEHELIN/EVA BACHOFNER, Vollstreckung im Niemandsland, in: Jusletter 16. April 2012; vgl. auch URS H. HOFFMANN-NOWOTNY, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, 2013, N. 23 zu Art. 325 ZPO) wird auch die Gegenauffassung vertreten, in sinngemässer Anwendung von Art. 263 ZPO müsse es der unterliegenden Partei möglich sein, den Aufschub der Vollstreckbarkeit bis zum Einreichen des Rechtsmittels vorsorglich bei der Rechtsmittelinstanz zu verlangen (vgl. Entscheide des Obergericht des Kantons BL vom 18. Dezember 2012, 430 12 37; vom 19. Juni 2012, 410 12 182, zit. in CAN online 2012 Nr. 37). In der Lehre werden beide Auffassungen vertreten, wobei soweit ersichtlich eine Mehrheit die

Rechtshängigkeit der Beschwerde verlangt (vgl. statt vieler den Überblick bei URS H. HOFFMANN-NOWOTNY, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, a.a.O., N. 23 zu Art. 325 ZPO).

- 9.4 Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt die Rechtsprechung einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen. Es können auch die Gesetzesmaterialien beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben und dem Richter damit weiterhelfen (BGE 140 III 206 E. 3.5.4, BGE 140 III 289 E. 2.1, 315 E. 5.2.1; BGE 131 III 33 E. 2 mit Hinweisen).
- 9.5 Ausgangspunkt und Grundlage jeder Auslegung bildet der Gesetzeswortlaut (BGE 134 III 273 E. 4 S. 277 mit Hinweisen). Gemäss Art. 325 Abs. 1 ZPO hemmt die Beschwerde die Rechtskraft und die Vollstreckung des angefochtenen Entscheids nicht. Die Rechtsmittelinstanz kann die Vollstreckung aufschieben (Abs. 2). Dem Wortlaut der Bestimmung ist einmal zu entnehmen, dass die Beschwerde die Rechtskraft und die Vollstreckung des Entscheides nicht hindert. Weiter ergibt sich daraus, dass die Vollstreckung aufgeschoben werden kann und dafür die Rechtsmittelinstanz und nicht etwa das erstinstanzliche Gericht zuständig ist. Erforderlich ist somit (1) ein Entscheid, der (2) vollstreckbar ist. Nähere Voraussetzungen werden nicht genannt. Insbesondere verlangt der Wortlaut nicht, dass die Beschwerde bereits hängig ist oder die Entscheidungsbegründung bereits vorliegt. Nach dem Wortlaut der Bestimmung ist somit in jedem Fall und in jeder Konstellation die Rechtsmittelinstanz zuständig, über die aufschiebende Wirkung zu entscheiden. Vorausgesetzt ist nur, dass ein Entscheid vorliegt, dem keine aufschiebende Wirkung zukommt.
- 9.6 Vom aus dem Wortlaut abgeleiteten Sinn ist nur abzuweichen, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass der Gesetzgeber diesen nicht gewollt haben kann. Solche Gründe können sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus ihrem Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Insoweit wird vom historischen, teleologischen und systematischen Auslegungselement gesprochen (BGE 134 III 273 E. 4 S. 277 mit Hinweisen).
- 9.7 Die systematische Stellung der Bestimmung unter den Vorschriften über das Beschwerdeverfahren mag einen Hinweis darauf abgeben, dass im Regelfall die Beschwerde bereits erhoben sein muss bzw. erhoben ist, wenn die Rechtsmittelinstanz über die aufschiebende Wirkung entscheidet. Dass dies zwingend so sein muss, ergibt sich daraus hingegen nicht. Aus der Einordnung der Bestimmung unter die Vorschriften über die Beschwerde ist in erster Linie abzuleiten, dass dieses Rechtsmittel noch möglich sein muss, damit die aufschiebende Wirkung überhaupt erteilt werden kann.

- 9.8 Zu berücksichtigen ist zudem der systematische Zusammenhang mit den anderen Bestimmungen der Zivilprozessordnung. Gemäss Art. 239 Abs. 1 ZPO ist es zulässig, einen Entscheid bloss durch Übergabe bzw. Zustellung des Dispositivs zu eröffnen. Die Begründung ist fakultativ und muss von den Parteien innert 10 Tagen verlangt werden; wird keine Begründung verlangt, so gilt dies als Verzicht auf die Anfechtung des Entscheids mit Berufung oder Beschwerde (Art. 239 Abs. 2 ZPO). Die Begründung bildet somit lediglich eine Voraussetzung für die Ergreifung eines Rechtsmittels und nicht für die Gültigkeit und Wirksamkeit eines Entscheids. Dafür ist die Eröffnung notwendige, aber auch hinreichende Voraussetzung (vgl. BGE 122 I 59 E. 3a). Ein gültig eröffneter Entscheid kann damit grundsätzlich rechtskräftig und vollstreckbar werden. Wie sich aus Art. 325 Abs. 1 ZPO ergibt, treten diese Entscheidwirkungen unmittelbar mit der Eröffnung ein, da auch die Beschwerde sie nicht zu hemmen vermag. Folgerichtig bestimmt Art. 336 Abs. 1 Bst. a ZPO, dass ein Entscheid vollstreckbar ist, wenn er rechtskräftig ist und das Gericht die Vollstreckung nicht aufgeschoben hat. Diese Bestimmung nimmt ausdrücklich auf Art. 325 Abs. 2 ZPO Bezug. Sieht das Gesetz vor, dass bestimmte Arten von Entscheiden sofort mit der Eröffnung vollstreckbar werden, so spricht dies gerade dafür, dass Art. 325 Abs. 2 ZPO immer dann zur Anwendung kommt, wenn die Vollstreckung droht, demnach bereits nach Eröffnung des Entscheides und nicht erst bei Rechtshängigkeit der Beschwerde.
- 9.9 Hinzu kommt, dass es sich bei der aufschiebenden Wirkung um eine Art vorsorgliche Massnahme prozessualer Natur handelt (vgl. BGE 137 III 475 E. 2). Dem Gesetz ist nicht fremd, dass vorsorgliche Massnahmen bereits vor der Rechtshängigkeit der Hauptsache (hier des Rechtsmittelverfahrens) ergriffen werden können (Art. 263 ZPO; vgl. STAEHELIN/BACHOFNER, a.a.O., Ziff. 2.5, S. 4). Dass Art. 325 Abs. 2 ZPO die Rechtshängigkeit eines Beschwerdeverfahrens erfordert, ist unter systematischen Gesichtspunkten auch deshalb keineswegs zwingend.
- 9.10 Klarheit schafft die Berücksichtigung von Sinn und Zweck von Art. 325 ZPO. Das Bundesgericht führte in seinem Urteil 5D_15/2018 vom 13. Februar 2018 in E. 4 aus, der Aufschub der Vollstreckung sei prozessualer Natur und beziehe sich nur auf die Dauer des Rechtsmittelverfahrens. Diese Massnahme solle insbesondere verhindern, dass durch die Vollstreckung des erstinstanzlichen Urteils bereits Tatsachen geschaffen würden, die nicht oder schwer rückgängig zu machen seien, obschon das Rechtsmittelgericht noch gar nicht über die Rechtmässigkeit des erstinstanzlichen Urteils befunden habe.

Entsprechend muss die Rechtsmittelinstanz die aufschiebende Wirkung immer anordnen können, wenn diese Gefahr besteht, mithin auch in der Zeit, die zwischen der Entscheideröffnung, der Ausarbeitung der schriftlichen Begründung und der Einreichung der Beschwerde verstreicht. Weiter ist auch der Sinn und Zweck von Absatz 1 dieser Bestimmung zu beachten. Der Gesetzgeber verfolgte das Ziel, dass bestimmte Entscheide sofort vollstreckt werden können. Diesem Anliegen läuft die Einführung einer gesetzlich nicht vorgesehenen Schonfrist zwischen Entscheideröffnung und Entscheidbegründung zuwider, zumal die Parteien keinen Einfluss darauf haben, wie viel Zeit zur Erstellung der Entscheidbegründung notwendig ist.

- 9.11 Ein Blick in die Entstehungsgeschichte und die Gesetzesmaterialien unterstützt dieses Auslegungsergebnis. In der Botschaft wird zu Art. 323 des Entwurfs ausgeführt: «Als ausserordentliches Rechtsmittel hat die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung (Abs. 1). Die angefochtenen Entscheide werden daher unmittelbar mit der erstinstanzlichen Eröffnung rechtskräftig. Doch kann die Rechtsmittelinstanz die Vollstreckung aufschieben, nötigenfalls bei gleichzeitiger Anordnung sichernder Massnahmen (Abs. 2)» (BBI 2006, 7379). Zwar bestand die Problematik der Rechtshängigkeit im bundesrätlichen Entwurf nicht. Gemäss 319 Abs. 1 E-ZPO war die Beschwerde innert 10 Tagen bei der Rechtsmittelinstanz lediglich zu erklären, wenn der Entscheid ohne Begründung eröffnet worden war, und erst nach deren Zustellung zu begründen (vgl. STAEHELIN/BACHOFNER, a.a.O., Rz. 4). Demnach wäre beim Entscheid über die aufschiebende Wirkung stets eine Beschwerde hängig gewesen. Aber auch in diesem Fall wäre der Rechtsmittelinstanz zugemutet worden, ein Gesuch um Aufschub der Vollstreckung ohne Entscheidungsbegründung, allein gestützt auf die Angaben der Parteien, zu entscheiden.
- 9.12 Aus der Entstehungsgeschichte lässt sich somit nicht herleiten, dass der Gesetzgeber die Rechtsmittelinstanz davor bewahren wollte, vor Vorliegen der Entscheidungsbegründung über ein Gesuch um aufschiebende Wirkung befinden zu müssen.
- 9.13 Ist das aus Wortlaut, systematischem Zusammenhang, Sinn und Zweck sowie Entstehungsgeschichte gewonnene Auslegungsergebnis der Norm klar, darf von diesem klaren Sinn nur abgewichen werden, wenn die Antwort des Gesetzes als sachlich unhaltbar angesehen werden muss und zu stossenden Ergebnissen führen würde (unechte Lücke; BGE 122 I 253 E. 6a; vgl. auch BGE 131 III 33 E. 3.4; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, N. 271 zu Art. 1 ZGB).
- 9.14 Sachliche Gründe für die Ablehnung der Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz sind nicht ersichtlich. Nach der Rechtsprechung verfügt die Rechtsmittelinstanz bei der Beurteilung von Gesuchen um aufschiebende Wirkung über einen grossen Ermessensspielraum, der es ihr erlaubt, den Umständen des konkreten Falles Rechnung zu tragen (BGE 138 III 565 E. 4.3.1 S. 566; 137 III 475 E. 4.1 S. 478). Wohl weiss die Rechtsmittelinstanz nicht genau, aus welchen Gründen die Vorinstanz so und nicht anders entschieden hat, und kennt auch die voraussichtlichen Beschwerdegründe nicht, doch ist es ihr aufgrund der Akten sowie der von den Parteien vorgetragenen Argumente ohne Weiteres möglich, eine vorläufige Beurteilung über die Erfolgsaussichten der Beschwerde und die mit einer Vollstreckung verbundenen Nachteile vorzunehmen. Eine Interessenabwägung ist auch so möglich. Die mit dem Informationsrückstand allenfalls verbundenen Unsicherheiten hat die unterlegene Partei zu tragen. Der Rechtsmittelinstanz ist es zudem ohne weiteres möglich, die aufschiebende Wirkung zu befristen oder nach Vorliegen der Entscheidungsbegründung bzw. der Beschwerde auf ihren Entscheid zurückzukommen.
- 9.15 Zudem gilt es zu bedenken, dass die vorliegende Situation – jedenfalls im Kanton Bern – nur selten vorkommt. Ein Problem, das sich bei genauerer Betrachtung als selten erweist, rechtfertigt kein Abweichen vom klaren Wortlaut des Gesetzes

sowie vom klaren Willen des Gesetzgebers, für bestimmte Entscheidarten die sofortige Vollstreckung zuzulassen.

- 9.16 Aus den dargelegten Gründen erweist sich ein vor Rechtshängigkeit der Beschwerde gestelltes Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit als zulässig.
10. Die Urteilsfindung am Obergericht erfolgt in Dreierbesetzung, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]). Gesuche um aufschiebende Wirkung stellen Gesuche um vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 261 ff. ZPO dar (vgl. Urteile des Bundesgerichts 1C_35/2014 vom 28. März 2014 E. 1 sowie 5A_598/2017 vom 5. Dezember 2017 E. 2, wonach der Entscheid über die aufschiebende Wirkung ein Entscheid über eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110] darstellt), welche nach Art. 248 Bst. d ZPO im summarischen Verfahren zu behandeln sind.
11. Nach dem Gesagten ist auf das Gesuch einzutreten.

III.

12. Der Gesuchsteller bringt vor, in einem parallel laufenden Verfahren habe die Gegenpartei bereits nach Erhalt des Dispositivs die Fortsetzung der Betreuung beantragt. Das Betreibungsamt Bern-Mittelland habe auf den 27. August 2018 die Pfändung angekündigt. Das Obergericht des Kantons Zürich verneine eine Vollstreckbarkeit des Dispositivs vor Erhalt der schriftlichen Begründung oder ungenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist. Das Bundesgericht teile diese Ansicht und habe erwogen, dass ein Dispositiv ohne Begründung so lange nicht vollstreckbar sei, bis eine Entscheidbegründung vorliege bzw. das Dispositiv in Rechtskraft erwachsen sei, weil keine schriftliche Begründung verlangt worden sei (BGE 5A_6/2016 vom 15. September 2016 E. 4.1.3.1). Damit sei belegt, dass das unbegründete Dispositiv keinesfalls vor Erhalt der Entscheidbegründung vollstreckt werden könne. Da die Gesuchsgegnerin bereits in einem anderen Verfahren sofort die Betreuung fortgesetzt habe, werde vorsorglich die aufschiebende Wirkung beantragt. Eine Zwangsvollstreckung sei vor Erhalt der schriftlichen Begründung unzulässig, womit die aufschiebende Wirkung zu erteilen sei.

Die aufschiebende Wirkung wäre auch dann zu erteilen, wenn die schriftliche Urteilsbegründung bereits vorliegen würde. Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens bilde die Frage, ob der Gesuchsgegnerin die provisorische Rechtsöffnung für Mietzinse gewährt werden könne, wenn der Gesuchsteller entsprechende Mängel an der Mietsache glaubhaft gemacht habe. Durch die nachweisbaren Mängel an der Mietsache sei mit der Praxis des Kantons Fribourg keine provisorische Rechtsöffnung zu gewähren, da es nicht die Aufgabe des Rechtsöffnungsrichters sei, über den materiellen Bestand der Forderung zu urteilen, was bei der Berücksichtigung einer Mietminderung der Fall sei. Weder das Bundesgericht noch das Obergericht des Kantons Bern schienen sich jemals zu dieser Frage geäußert zu haben.

Es werde ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK in seiner Ausprägung auf Rechtssicherheit gerügt, was den Aufschub der Vollstreckung rechtfertige.

13. Die Gesuchsgegnerin führt in ihrer Stellungnahme vom 5. September 2018 aus, das Betreibungsamt habe die Pfändung am 27. August 2018 anders als angekündigt nicht vollzogen. Die Gläubigerin habe ein evidentes Interesse daran, besser in einer früheren als einer späteren Pfändungsgruppe berücksichtigt zu werden. Für die aufschiebende Wirkung seien keine Gründe ersichtlich, weder prozessrechtliche noch in der Gesamtschau.

IV.

14.

- 14.1 Die Vollstreckung eines beschwerdefähigen Entscheids ist gestützt auf Art. 325 Abs. 2 ZPO nur ausnahmsweise aufzuschieben (MARTIN H. STERCHI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 5 zu Art. 325 ZPO; DIETER FREIBURGHANUS/SUSANNE AFHELDT, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 7 zu Art. 325 ZPO). Der Regelfall stellt damit die sofortige Vollstreckbarkeit dar (vgl. STERCHI, a.a.O., N. 3 zu Art. 325 ZPO; HOFFMANN-NOWOTNY, a.a.O., N. 3 und 30 zu Art. 325 ZPO).
- 14.2 Als einfache «Kann-Vorschrift» ausgestaltet, äussert sich die Art. 325 Abs. 2 ZPO nicht näher zu den Voraussetzungen, unter denen die Beschwerdeinstanz dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung zuerkennen kann. Vielmehr verweist die Norm auf das pflichtgemässe Ermessen des Richters. Damit hat die rechtsuchende Partei keinen Rechtsanspruch auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Der Richter hat beim Entscheid über den Aufschub der Vollstreckbarkeit eine Interessenabwägung vorzunehmen und soll die Vollstreckbarkeit nur aussetzen, wenn die Erfolgsaussichten der Beschwerde nicht als bloss sehr gering erscheinen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_1021/2014 vom 20. Mai 2015 E. 3.1, STERCHI, a.a.O., N. 5f. zu Art. 325 ZPO; FREIBURGHANUS/AFHELDT, a.a.O., N. 6 zu Art. 325 ZPO).

Beim Entscheid über den Vollstreckungsaufschub hat eine summarische Prüfung der relevanten Fakten zu erfolgen (FREIBURGHANUS/AFHELDT, a.a.O., N. 7 zu Art. 325 ZPO). Zunächst ist eine Hauptsachenprognose zu treffen. Danach ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Die Interessenabwägung besteht darin, dass der Richter die Nachteile, die dem Beschwerdeführer bei einer sofortigen Vollstreckung drohen, den Nachteilen gegenüberstellt, die ein Vollstreckungsaufschub für den Beschwerdegegner nach sich ziehen kann (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 5A_1021/2014 vom 20. Mai 2015 E. 3.3). Ergibt die Hauptsachenprognose, dass die Erfolgsaussichten der Beschwerde nicht als bloss sehr gering erscheinen, so ist in einem zweiten Schritt die vorerwähnte Interessenabwägung vorzunehmen. Erst wenn sich ergibt, dass die Nachteile, die dem Beschwerdeführer bei einer sofortigen Vollstreckung drohen, stärker zu gewichten sind als die Nachteile, die ein Vollstreckungsaufschub für den

Beschwerdegegner nach sich ziehen kann, ist die Vollstreckung aufzuschieben (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 5A_1021/2014 vom 20. Mai 2015 E. 3.3; a.M. HOFFMANN-NOWOTNY, a.a.O., N. 29 zu Art. 325 ZPO, wonach stets sowohl die Erfolgsaussichten zu prüfen sind als auch eine Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen zu erfolgen hat).

- 14.3 Der Aufschub der Vollstreckung ist dementsprechend nur beim Vorliegen besonderer Gründe zu bewilligen. Diese besonderen Gründe sind vom Gesuchsteller glaubhaft zu machen (HOFFMANN-NOWOTNY, a.a.O., N. 30 zu Art. 325 ZPO).

Bei Geldforderungen ist eine aufschiebende Wirkung nur ganz zurückhaltend zu gewähren (HOFFMANN-NOWOTNY, a.a.O., N. 31 zu Art. 325 ZPO, mit Hinweisen auf OGer ZH, 4. November 2011, PE110023, E. 3, SPÜHLER/VOCK, Rechtsmittel, 52, STAEHELIN/BACHOFNER, Jusletter 16. April 2012, RZ 17). Für den Aufschub der Vollstreckung genügt es beispielsweise nicht, dass die Gegenpartei den im Rahmen einer Vollstreckung erlangten Geldbetrag nicht freiwillig zurückzahlen würde. Demgegenüber wäre die Vollstreckung aufzuschieben, wenn die Möglichkeit der Rückforderung wegen der zweifelhaften Zahlungsunfähigkeit des Gläubigers ungewiss erscheint (HOFFMANN-NOWOTNY, a.a.O., N. 31 zu Art. 325 ZPO).

15. Das Bundesgericht hielt im vom Gesuchsteller zitierten französischsprachigen Urteil 5A_6/2016 vom 15. September 2016 (publiziert in BGE 142 III 695) fest, der Entscheid der Rechtsmittelinstanz könne durch Versand eines Dispositivs eröffnet und später begründet werden. Vom Zeitpunkt an, wo der Richter sein Urteil gefällt habe, sei er insofern nicht mehr mit der Sache befasst, als er sein Urteil nicht mehr ändern könne. Die Zustellung des Dispositivs, nicht erst diejenige des begründeten Entscheides gelte als Eröffnung.

Das Bundesgericht hielt im vorerwähnten Entscheid in E. 4.2.1 weiter fest :

«Cela étant, la décision dont seul le dispositif a été communiqué aux parties ne peut pas être exécutée avant sa notification en expédition complète, sous réserve d'éventuelles sûretés qui pourraient être requises pour en assurer l'exécution future. Ainsi, la décision n'acquiert force de chose jugée et ne devient exécutoire qu'une fois une expédition complète notifiée aux parties et le délai pour un éventuel recours échu (cf. art. 112 al. 2, 3^e phrase, LTF par analogie; ATF 141 I 97 consid. 7.1 et les arrêts cités). Ceci vaut indépendamment de la question de savoir si un éventuel recours au Tribunal fédéral serait ou non assorti de l'effet suspensif (dans ce sens: CORBOZ, op. cit., n° 45 ad art. 112 LTF; OGer/ZH du 11 juin 2012 [RT120039] consid. II.3.9). L'effet suspensif ne peut en effet être requis devant le Tribunal fédéral au sens de l'art. 103 LTF qu'une fois l'expédition motivée de la décision notifiée aux parties (dans ce sens: OGer/ZH du 19 décembre 2013 [PS130222-O/Z01] et OGer/ZH du 11 juin 2012 [RT120039] consid. II.3.6).»

Dem vom Gesuchsteller zitierten Bundesgerichtsentscheid ist somit zusammenfassend zu entnehmen, dass Entscheide der Rechtsmittelinstanz zwar im Dispositiv eröffnet werden dürfen, diese Entscheide jedoch nur dann vollstreckbar sind, wenn sie auch schriftlich begründet werden. Entgegen der Auffassung des Gesuchstellers ging es im fraglichen Entscheid nicht um die Frage, ob lediglich im Dispositiv eröffnete Entscheide der ersten Instanz bereits vor Zustellung der schriftlichen Be-

gründung vollstreckbar sind. Dementsprechend kann der Gesuchsteller aus dem fraglichen Entscheid nichts zu seinen Gunsten ableiten.

16. Die Vorinstanz hielt in ihrer schriftlichen Urteilsbegründung fest, gemäss dem Mietvertrag vom 30. März 2015 (GB 3) vermiete die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller die Büroräume im 1. OG Vorderhaus, ca. 166m², an der D._____ in E._____ Bern. Der monatliche Mietzins habe CHF 3'290.00 pro Monat betragen und sei jeweils im Voraus zahlbar gewesen. Mit Schreiben vom 11. April 2018 habe die Gesuchsgegnerin den Gesuchsgegner für die Mietzinse Januar bis und mit April 2018 gemahnt (GB 4) und das Mietverhältnis infolge Zahlungsverzugs per Ende Juni 2018 aufgelöst (GB 8 in CIV 18 3586). Der vom Mieter unterschriebene Mietvertrag berechtige zur Rechtsöffnung für die darin festgelegten fälligen Mietzinse und bezifferten Nebenkosten, weshalb grundsätzlich ein provisorischer Rechtsöffnungstitel im Umfang von CHF 13'160.00 vorliege.

Wie bei jedem zweiseitigen Vertrag könne der Mieter das Rechtsöffnungsbegehren zu Fall bringen, indem er behaupte, der Vermieter habe seine eigene Leistung für die betreffende Periode nicht oder nicht ordnungsgemäss erbracht. Allfällige Mängel des Mietobjektes sowie seinen daraus resultierenden Herabsetzungsanspruch müsse der Mieter substantiiert dartun. Die Rechtsöffnung werde dann im Umfang der geltend gemachten Reduktionsansprüche verweigert.

Der Gesuchsteller mache weder geltend, die Gesuchsgegnerin habe in der Zeit vor dem 30. Juni 2018 die Räumlichkeiten betreten, noch erkläre er, inwiefern ihm dadurch ein Schaden entstanden sei, noch beziffere er dessen Höhe. Es handle sich daher nicht um eine relevante Einwendung.

Weitere bringe der Gesuchsteller vor, Anspruch auf eine Mietzinsminderung zu haben, da die Gesuchsgegnerin den Mangel in der Toilette während längerer Zeit nicht behoben habe. Der Wasserschaden in der Toilette sei mit zwei Fotos (GB 7) belegt. Zudem gehe aus GB 8 und GB 9 hervor, dass der Gesuchsteller bereits Mitte Dezember 2017 wegen des Wasserschadens Kontakt mit der Gesuchsgegnerin aufgenommen habe. Es sei damit erstellt, dass ein Mangel am Mietobjekt bereits Mitte Dezember 2017 vorgelegen habe. Dessen Behebung vor Ende April 2018 sei nicht einmal behauptet worden, womit der Gesuchsgegnerin der Gegenbeweis nicht gelinge. Der Gesuchsteller habe den Anspruch auf Mietzinsminderung auf monatlich CHF 426.00 beziffert. Da es im Rechtsöffnungsverfahren nicht möglich sei, den Anspruch auf Mietzinsminderung zu eruieren und zu quantifizieren, der Gesuchsteller aber nicht mehr als CHF 426.00 pro Monat geltend mache, werde die Rechtsöffnung in diesem Umfang nicht erteilt. Bezüglich der restlichen Mietschulden lägen keine relevanten Einwendungen vor. Die Rechtsöffnung sei daher im Umfang der restlichen CHF 11'456.00 zu erteilen.

Die Gesuchsgegnerin habe den Gesuchsteller erstmals mit Schreiben vom 11. April 2018 (GB 4) gemahnt. Dieses Schreiben sei dem Gesuchsteller gemäss Sendungsverfolgung der Post am 12. April 2018 zugestellt worden, womit er sich ab dem 13. April 2018 im Verzug befunden habe. Ab diesem Tag sei folglich Verzugszins auf CHF 11'456.00 geschuldet. Soweit weitergehend, sei das Gesuch um Verzugszins abzuweisen.

17.

- 17.1 Im Verfahren auf provisorische Rechtsöffnung wird nur das Vorliegen eines geeigneten Rechtsöffnungstitels nach Art. 82 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) geprüft und kein materieller Prozess um die Forderung geführt. Liegt ein solcher Rechtsöffnungstitel vor, liegt es am Schuldner, Einwendungen oder Einreden glaubhaft zu machen, die die Schuldanerkennung entkräften (Art. 82 Abs. 2 SchKG; vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_695/2017 vom 18. Juli 2018 E. 3.2). Bei einer geltend gemachten Schlechterfüllung der Gegenleistung eines synallagmatischen Vertrages sind die Einreden nicht bloss vorzutragen (im Sinne einer reinen Behauptung), sondern substantiiert zu behaupten (vgl. Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern ZK 14 468 vom 1. Dezember 2014 [publiziert Februar 2015]). Dies bedeutet, dass der Mieter allfällige Mängel des Mietobjekts sowie seinen daraus resultierenden Herabsetzungsanspruch (Art. 259a Abs. 1 Bst. b OR) substantiiert dartun muss (DOMINIK VOCK, Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 23 zu Art. 82 SchKG; vgl. auch STAEHELIN, a.a.O., N. 117 zu Art. 82 SchKG).

Soweit ersichtlich gibt es zur Frage, ob eingewendete Mängel an der Mietsache zur gänzlichen Abweisung des Rechtsöffnungsgesuchs führen, keine höchstrichterliche Rechtsprechung. Die herrschende Lehre vertritt die Auffassung, dass für die unbestrittene Differenz Rechtsöffnung erteilt werden könne, sofern die Mängel bei der Einrede der nicht gehörigen Erbringung der Gegenleistung beziffert würden (DANIEL STAEHELIN, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl., 2010, N. 102, 117 zu Art. 82 SchKG). Die Rechtsöffnung sei im Umfang der geltend gemachten Herabsetzungsansprüche zu verweigern (STAEHELIN, a.a.O., N. 117 zu Art. 82 SchKG; vgl. auch VOCK, a.a.O., N. 23 zu Art. 82 SchKG). Die Obergerichte der Kantone Appenzell Ausserrhoden, Zürich und Tessin folgen der herrschenden Lehre (vgl. STAEHELIN, a.a.O., N. 102, 117 zu Art. 82 SchKG, mit Hinweis auf OGer. AR, ARGVP 1999, 135; OGer. ZH, ZR 1978, 18 E. 4; AppGer. TI, Rep. 1979, 396 f.). Das Obergericht des Kantons Fribourg hielt in seinem Entscheid vom 13. Juni 2005 fest, es stehe dem Rechtsöffnungsrichter nicht zu, den Umfang der vom Mieter gestellten Ansprüche zu bestimmen (vgl. BISchK 2006, 142, vgl. dazu auch MUSTER, BISchK 2008, 15). Aus dem zitierten Entscheid des Obergerichts des Kantons Fribourg ist indessen nicht ersichtlich, ob die geltend gemachten Mängel auch beziffert wurden. Es ist mit anderen Worten fraglich, ob das Obergericht Fribourg überhaupt über einen mit dem vorliegenden Fall vergleichbaren Sachverhalt zu befinden hatte.

Das Obergericht des Kantons Bern hatte bisher noch keinen Anlass, sich zu dieser Frage zu äussern, was aber nicht bedeutet, dass die Erfolgchancen des Gesuchstellers in einem Beschwerdeverfahren deshalb automatisch als gross zu betrachten wären.

Würde es sich vorliegend nicht um einen synallagmatischen Vertrag handeln, so wäre die provisorische Rechtsöffnung gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung sowie auf die Lehre klarerweise für denjenigen Teil der in Betreibung gesetzten Forderung zu erteilen, bezüglich welchem keine glaubhaften Einwendungen vorgebracht wurden. Es ist nicht ersichtlich, weshalb dies bei einem

bezahlten Anspruch auf Mietzinsreduktion anders sein sollte, zumal die Einwendung auch hier lediglich einen Teil der Forderung betrifft. Der einzige Unterschied besteht darin, dass die Einwendungen wegen nicht gehöriger Erfüllung bei synallagmatischen Verträgen lediglich substantiiert behauptet und nicht glaubhaft gemacht werden müssen. Infolgedessen besteht bei summarischer Prüfung der Rechtslage kein Grund, der Auffassung der herrschenden Lehre und des überwiegenden Teils der Rechtsprechung nicht zu folgen.

18.

18.1 Die Gesuchsgegnerin beantragte die provisorische Rechtsöffnung für einen Betrag von CHF 13'160.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 11. April 2018. Das Bestehen eines Mietverhältnisses sowie der Zahlungsverzug in der Zeit von Januar bis April 2018 in der Höhe von CHF 3'290.00 pro Monat bzw. total CHF 13'160.00 sind unbestritten. Der Gesuchsteller wandte vor erster Instanz ein, dass aufgrund der geltend gemachten Mängel bezüglich der Toilette eine Mietminderung im Umfang von 10 bis 15% erfolgen müsse. Angemessen sei hierfür ein Betrag von insgesamt CHF 1'704.00. Aufgrund der nachweisbaren Mängel an der Mietsache sei keine provisorische Rechtsöffnung zu gewähren.

18.2 Eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage ergibt, dass der Mietvertrag unbestrittenermassen einen provisorischer Rechtsöffnungstitel darstellt, ein Zahlungsverzug für die Zeit von Januar bis April 2018 besteht, der Gesuchsteller seinen geltend gemachten Anspruch auf Mietzinsreduktion konkret auf CHF 1'704.00 beziffert und in Bezug auf den für die Zeit von Januar bis April 2018 geschuldeten restlichen Mietzins keine glaubhaften bzw. relevanten Einwendungen (Betreten der Räumlichkeiten durch Vermieterin) vorgebracht hat. Es ist deshalb nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz durch die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung für den restlichen Mietzins in der Höhe von insgesamt CHF 11'456.00 (CHF 13'160.00 abzüglich Herabsetzungsanspruch CHF 1'704.00), bezüglich welchem keine zu berücksichtigenden Einwendungen vorgebracht wurden, das Recht unrichtig angewandt oder den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt haben sollte (vgl. Art. 320 ZPO).

Die Erfolgsaussichten bei der Hauptsachenprognose sind demnach vorliegend als sehr gering einzuschätzen, womit es sich insbesondere angesichts des rasch durchzuführenden Summarverfahrens nicht rechtfertigt, die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids in Abweichung vom gesetzlichen Normalfall (Art. 325 Abs. 1 ZPO) aufzuschieben.

18.3 Anzufügen ist, dass auch eine Interessenabwägung nicht zu einem anderen Ergebnis führen würde. Bei Geldforderungen ist der Aufschub der Vollstreckung nur sehr zurückhaltend zu gewähren. Wird die Vollstreckung aufgeschoben, so erleidet die Gesuchsgegnerin insofern einen Nachteil, als noch keine Pfändung vollzogen werden und sie deshalb erst in einer späteren Pfändungsgruppe teilnehmen kann (vgl. Art. 89 i.V.m. Art. 110 SchKG), wodurch das Risiko, dass kein pfändbares Vermögen mehr vorhanden ist bzw. sie einen Verlustschein erhält (Art. 115 SchKG), grösser wird. Dem Gesuchsteller droht demgegenüber zwar die Pfändung, doch kann er zu Unrecht bezahlte Forderungen im Falle einer späteren Gutheis-

sung der Beschwerde von der Gesuchsgegnerin zurückfordern (vgl. insbesondere Rückforderungsklage nach Art. 86 SchKG). Dass die Gesuchsgegnerin zahlungsunfähig wäre und dadurch die Rückforderung erschwert würde, macht der Gesuchsteller jedenfalls nicht geltend, weshalb ihm im Falle einer Nichtgewährung des Aufschubs der Vollstreckbarkeit kein nicht wiedergutzumachender Nachteil entstehen würde. Zudem hat er die Möglichkeit, innert 20 Tagen nach der Rechtsöffnung eine Aberkennungsklage zu erheben (Art. 83 Abs. 2 SchKG), womit die geltend gemachten Herabsetzungsansprüche in einem ordentlichen Verfahren beurteilt werden können. Während der Dauer des Aberkennungsklageverfahrens ist der Rechtsvorschlag noch nicht beseitigt, weshalb die Betreibung nicht weitergeführt werden kann (STAEHELIN, a.a.O., N. 13 zu Art. 83 SchKG; VOCK, a.a.O., N. 5 zu Art. 83 SchKG). Auch Klagen nach Art. 85 (summarisches Verfahren mit lediglich betreibungsrechtlicher Wirkung) sowie Art. 85a SchKG (ordentliches bzw. vereinfachtes Verfahren mit betreibungsrechtlicher und materiell-rechtlicher Wirkung) sind möglich (VOCK, a.a.O., N. 15 zu Art. 85a SchKG; JÜRGEN BRÖNNIMANN, Kurzkommentar, SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 2 zu Art. 85 SchKG), mit welchen der Gesuchsteller die Einstellung oder Aufhebung der Betreibung verlangen und so eine Verwertung oder Verteilung verhindern kann. Im Verfahren nach Art. 85a Abs. 2 SchKG kann der Richter nach Eingang der Klage und Anhörung der Parteien sogar die vorläufige Einstellung anordnen, sofern er die Klage als sehr wahrscheinlich begründet erachtet.

Die Nachteile, die ein Vollstreckungsaufschub für die Gesuchsgegnerin nach sich ziehen kann, überwiegen damit die Nachteile, die dem Gesuchsteller bei einer sofortigen Vollstreckung drohen.

- 18.4 Demzufolge ist das Gesuch um Aufschub der Vollstreckung abzuweisen.

V.

19. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 750.00, gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO dem unterliegenden Gesuchsteller zur Bezahlung zu auferlegen.
20. Der unterliegende Gesuchsteller wird gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO verurteilt, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung in der Höhe von pauschal CHF 500.00 (Art. 5 Abs. 1 und 3 der Verordnung über die Bemessung des Parteikostenersatzes [Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811]) zu bezahlen.

Die Kammer entscheidet:

1. Das Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten des Gesuchsverfahrens, bestimmt auf CHF 750.00, werden dem Gesuchsteller zur Bezahlung auferlegt.
3. Der Gesuchsteller wird verurteilt, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 500.00 zu bezahlen.
4. Zu eröffnen:
 - dem Gesuchsteller
 - der Gesuchsgegnerin, vertreten durch ihren Anwalt

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz

Bern, 17. September 2018

Im Namen der 1. Zivilkammer

Der Referent:

Oberrichter Studiger

Die Gerichtsschreiberin:

Eichenberger

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte erhoben werden. Es ist darzulegen, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (Art. 106 Abs. 2 BGG). Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert im Sinn von Art. 51 ff. BGG beträgt weniger als CHF 30'000.00.